

AVANT-PROPOS

REPENSER LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Le numéro d'avril 2020 de la Revue du Droit Constitutionnel a été préparé lors d'une période durant laquelle, nous avons été témoins d'importantes questions constitutionnelles tant historiques qu'actuelles. Historiques, car le 23 avril 2020, c'est le 100^{ème} anniversaire du pouvoir constituant originaire; actuelles parce que la pandémie de COVID-19, comportant un danger réel pour la vie humaine, a transformé la Terre en une "prison de l'humanité". Cette épidémie mondiale impose de réfléchir de nouveau sur la constitution.

Cependant, ce qui est d'actualité ce sont les mesures exceptionnelles de prévention et de protection prises par chaque pays afin de surmonter rapidement la menace et le danger, pour retourner à la vie sociale. Portées au-devant de l'actualité dans le cadre de "l'état d'urgence sanitaire" les mesures prises rendent, la plupart du temps, imprécise la distinction entre le fait et le droit. Pour cette raison, ces mesures prises en urgence et en forçant les limites de la constitutionnalité, doivent faire l'objet d'un examen vigilant, de la part des différentes branches du droit afin d'éviter de créer "des zones permanentes de non droit". Ce numéro comprend, dans une large mesure, des articles qui répondront à cette inquiétude sur le plan du droit national.

À cet égard, il convient de noter que les travaux, à réaliser sur le centenaire du pouvoir constituant ou sur les nouvelles tendances constitutionnelles après la COVID-19, seront inclus dans les prochains numéros de la Revue du Droit Constitutionnel.

Dans ce numéro, on se contentera d'introduire des observations générales et préliminaires, en donnant des points de repères sur le 100^{ème} anniversaire du pouvoir constituant et sur le constitutionnalisme après la COVID-19.

I. LE 100^{ème} ANNIVERSAIRE DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINNAIRE EN TURQUIE

En droit constitutionnel comparé, la Turquie a une place spécifique, en ce qui concerne le pouvoir constituant. En effet, l'Assemblée de 1920 a mené simultanément, le processus de la Fonda-

tion et de la Libération. Autrement dit, la souveraineté extérieure (l'indépendance) et la souveraineté intérieure (la fondation de l'Etat par la constitution) se sont déroulées en même temps. A cet égard, l'expression "l'Etat naît d'une constitution et vit avec une constitution" décrirait bien le processus de l'identification de la République de Turquie avec sa fondation par la constitution de 1921, elle-même préparée, par l'Assemblée de 1920. *"Il a été décidé que la Grande Assemblée Nationale de Turquie est constituée des membres élus cette fois-ci et des membres de l'Assemblée d'Istanbul y siégeant"*¹.

La deuxième spécificité de ce processus est le fait que l'Etat turc était gouverné par le gouvernement de la Grande Assemblée Nationale de Turquie (GANT). Autrement dit, le rôle de la GANT a été décisif dans la fondation de la République de Turquie. Le 2 mai, la décision de la GANT² d'élire le conseil des ministres à la majorité de ses membres confirme ainsi cette fonction décisive.

Quant à la troisième spécificité, c'est la corrélation étroite entre le caractère pluraliste de l'Assemblée de 1920 et la souveraineté populaire prévue par la loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics (Teskilat-i Esasiye Kanunu) préparée par cette même assemblée³.

La Constitution de 1924, même si elle s'est éloignée de la Constitution de 1921 quant au système de gouvernement, prévoyait un régime mixte entre le gouvernement d'assemblée et le régime parlementaire; la Constitution de 1961, prévoyait un régime parlementaire classique; la Constitution de 1982 prévoyait un régime parlementaire dans lequel les pouvoirs de l'exécutif ont été renforcés. Les trois caractéristiques des trois constitutions de la Républiques sont les suivantes:

- La politique générale du gouvernement est décidée par le conseil des ministres.
- Les ministres sont responsables individuellement et collectivement devant la GANT.

¹ V. La décision de l'Assemblée générale sur la constitution de la Grande Assemblée Nationale de Turquie- 23/04/1336 (1920).

² "Les membres de l'exécutif sont élus à la majorité des membres de la GANT" (V. La loi relative à l'élection des membres de l'exécutif, Loi n° 3, 2/05/1336 (1920), article 2).

³ "La souveraineté appartient à la nation. La nation se gouverne elle-même". (Teskilat-i Esasiye Kanunu, loi n° 85, 20/01/1337 (1921), article 1).

- La représentation de l'Etat est séparée entre le Président de la République et le gouvernement.

En revanche, l'amendement constitutionnel de 2017, a fait sortir l'Etat de Turquie de ces trois dénominateurs communs des Constitutions Républicaines: "*Le Président de la République est le chef de l'Etat. Le pouvoir exécutif appartient au Président de la République*" (article 104/2).

L'amendement de 2017 a introduit les quatre faiblesses suivantes dans l'administration de l'Etat:

- L'absence de mécanisme permettant une prise de décision politique collective⁴.

- Le principe de responsabilité du Président n'est pas inclus, malgré les nombreux devoirs et pouvoirs accordés à celui-ci.

- L'absence de responsabilité politique des ministres devant la GANT.

- Le pouvoir ne rend pas de comptes, en raison de l'absence et/ou du manque de mécanisme constitutionnel de contrepoids et de freins.

En résumé, l'amendement à la Constitution de 2017 a largement éliminé les concepts, règles et institutions constitutionnels et politiques relatifs à l'administration de l'État depuis plus de 150 ans (y compris sous l'ère Ottomane).

Pour revenir au centenaire, à l'instar de la GANT, la Turquie, dans la 100^{ème} année de sa fondation, est aussi sans gouvernement.

Ainsi ce hasard fait réfléchir: "l'état d'urgence sanitaire "imposé par la COVID-19 a empêché les célébrations du 100^{ème} anniversaire, à l'exception des commémorations symboliques à la GANT. L'amendement constitutionnel de 2017, abolissant le gouvernement et supprimant le pouvoir de contrôle de la GANT sur l'exécutif, a également été adopté dans des circonstances exceptionnelles.

Cette coïncidence révèle une réalité: le président de la République a tenu plus de réunions (ou comités) avec les ministres au cours des trois mois de la COVID-19, qu'aux cours des deux années écoulées, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 6771, qui a permis la révision constitutionnelle.

⁴ De ce point de vue, le seul organe constitutionnel de caractère politique où siègent certains ministres est le Conseil de Sécurité Nationale.

onnelle. Bien qu'aucun comité de ce type ne soit prévu dans la Constitution, les réunions régulières⁵ ont clairement confirmé la nécessité d'avoir un organe politique de nature collective.

Cette pratique et les situations de fait constatées, bien que non prévues dans la Constitution, peuvent être critiquées quant au respect de la suprématie de la Constitution. En deux ans de pratique, la Constitution et la situation de fait ont toujours coexisté et se sont révélées davantage durant la période de "l'état d'urgence sanitaire". Pourtant notre sujet ici n'est pas d'entamer une telle discussion, mais d'attirer l'attention sur l'impossibilité de gouverner la Turquie par un mécanisme de "l'exécutif d'une seule personne" et sur la consolidation de la légitimité d'une quête de transition à un autre ordre constitutionnel doté d'un mécanisme de responsabilité du gouvernement.

Cette réalité actuelle peut également s'exprimer comme suit: l'amendement à la Constitution de 2017 a endommagé la volonté du pouvoir constituant. Pour cette raison, il est également légitime de considérer, juste et nécessaire, la lutte pour le retour à la volonté du pouvoir constituant, dans sa 100^{ème} année.

II. COVID-19: LE SEUIL DE RUPTURE DANS LE CONSTITUTIONNALISME ?

Le constitutionnalisme libéral et les mouvements constitutionnels socialistes du 19e au 20e siècle, le constitutionnalisme social après la Seconde Guerre mondiale et les tendances constitutionnelles environnementales du dernier quart du siècle sont les processus qui décrivent les évolutions constitutionnelles en général. Une nouvelle phase constitutionnelle sera-t-elle ouverte après la COVID-19 ?

Il convient de rappeler brièvement: **le constitutionnalisme libéral** a été construit au 19e siècle dans le cadre de l'existence de l'Etat par ses devoirs; la séparation des pouvoirs tripartites a été formalisée ainsi:

⁵ Du fait de l'absence du gouvernement, l'utilisation du terme de "réunion du cabinet" est critiquable dans le droit constitutionnel et la science sociale. Parce qu'on définit le cabinet comme suit: "notion utilisée pour un groupe homogène, constituant le prototype du régime parlementaire, un héritage de la Grande Bretagne, il signifie l'équipe qui partage la responsabilité et collabore avec le premier ministre afin de définir la politique générale du pays".

législatif-exécutif et judiciaire. Le refus de l'État d'intervenir a façonné la compréhension de la liberté et des droits.

Le nombre de constitutions socialistes adoptées, après la Première Guerre mondiale, a augmenté quantitativement en raison de la division idéologique du monde en deux blocs, de l'ouest et de l'est, après la Seconde Guerre mondiale. Le Mouvement des pays non alignés sur l'axe Inde-Yougoslavie et Égypte, apparu en dehors de ces deux blocs, a provoqué de nouvelles quêtes constitutionnelles débordant les cadres tracés par le bloc de l'ouest et l'est.

Après la Seconde Guerre mondiale, **le constitutionnalisme social** a été défini comme social en termes d'État et de droits; le concept "d'évitement" dans l'État libéral a été remplacé par les devoirs de l'État: l'État social et les droits sociaux.

Vers la fin du 20^{ème} siècle, c'est-à-dire un demi-siècle après la génération constitutionnelle de l'après-Seconde Guerre mondiale, tandis que la géographie du constitutionnalisme libéral s'étendait, les questions et les problèmes liés à l'environnement et aux territoires sont devenus visibles dans les constitutions: **le constitutionnalisme écologique**. Dans ce domaine les constitutions des États d'Amérique du Sud sont des pionnières⁶.

Les moteurs des transformations constitutionnelles mentionnées étaient les besoins sociaux et les conflits, qui sont aussi les déterminants de **l'évolution de la compréhension des droits de l'homme**. Il convient de mentionner brièvement ces concepts:

- **L'âge de la sécurité de la personne** coïncide avec la période de l'approche individualiste fondée sur la sécurité et la liberté.

- **L'âge de la sécurité sociale** peut être défini comme le reflet de l'opinion selon laquelle les droits sociaux ne peuvent être réalisés que par l'obligation positive de l'Etat.

- **L'âge écologique**, quant à lui, coïncide avec les dernières décennies du 20e siècle et les débuts des discussions sur la transition d'une compréhension "humaniste" (égocentrique) de la liberté à une compréhension "centrée sur l'environnement" (éco centrique) des droits.

⁶ Voir J.R. May/E. Dalin, Le constitutionnalisme écologique dans le monde, traduit par Tolga Sirin/N. Umut Orcan, Ekoloji Kollektifi, 2018.

La santé, humaine et environnementale, se trouve quant à elle à l'intersection des trois âges, et dépasse les champs d'application des trois générations de libertés. Dans ce contexte, la relation entre la génétique et la liberté, a ajouté une nouvelle dimension aux discussions: les développements scientifiques seront-ils limités, seulement, au service de la structure naturelle de l'homme, ou serviraient-ils, aussi, pour changer l'espèce humaine, au nom la liberté de la science ? Bref, l'humanité a accueilli le nouveau millénaire avec des discussions sur la médecine et l'éthique. Certains experts ont même suggéré l'adoption de **libertés de 4e génération** en partant du principe qu'une nouvelle compréhension des droits de l'homme pourrait prévenir les risques potentiels causés par le développement des sciences médicales: la science médicale et les droits de l'homme⁷.

Depuis le début des années 2000, les infections par la grippe aviaire et porcine ou les coronavirus (SRAS en 2003, MERS en 2012 et SARS-Cov2 en 2019-2020) ont augmenté de façon constante, chaque fois avec de lourdes conséquences sur l'humanité et la civilisation. Face à ces menaces, le mode de vie et l'organisation des sociétés modernes sont restés inadéquats et impuissants.

Tout en essayant de protéger la vie humaine contre les catastrophes environnementales et l'armement (ainsi que la guerre) et même les développements scientifiques et technologiques, le 21e siècle a commencé à se transformer en un siècle de "**microbes**" que les yeux ne peuvent voir mais qui peuvent provoquer la mort de masses.

La santé humaine, comme l'écosystème, constitue la base de la survie de l'humanité. Par conséquent, les concepts de santé et d'environnement sont souvent utilisés ensemble; comme le droit de vivre dans un environnement sain.

Entrant dans le nouveau millénaire avec le fétichisme de la mondialisation économique, l'humanité est confrontée à une "**menace mondiale virale**". La science et la technologie en tant que moteurs de la mondialisation sont impuissantes face à la pandémie de COVID-19.

⁷ Comme exemple voir S. Marcus-Helmons, "La quatrième génération des droits de l'homme", Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Bruylant, 2000, pp. 549-559.

C'est évident de savoir comment on en est arrivé là aujourd'hui: le globe a été pillé sur le chemin allant de l'industrialisation basée sur une compréhension de la souveraineté sur la nature et sur le capital, vers le néolibéralisme et la mondialisation économique. Dans ce processus, le droit et la démocratie sont toujours restés au second plan. Souvenons-nous de la sale guerre, qui conserve sa fraîcheur dans la mémoire, l'attaque des États-Unis avec l'aide de Royaume-Uni contre l'Irak. En mars 2003, les soldats ont été envoyés du Texas à Bagdad avec une double fonction: être le chien de garde des armes fabriquées aux États-Unis et des marchands qui convoitaient du pétrole. Le résultat a été de massacrer les peuples du Moyen-Orient et leur patrimoine naturel, historique et culturel.

Mais constatez que, la COVID-19 de Wuhan a eu des effets et des résultats plus dévastateurs que les armes américaines en termes de vitesse de propagation et d'effets mortels.

Les États-Unis et les États européens, qui considèrent légitime d'utiliser des armes afin de fermer leurs frontières aux Sud-Américains, aux Africains et aux Asiatiques et ignorent la vie des non-citoyens, ne sont pas en mesure de questionner l'origine du virus.

III. LE CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL ET LES RECHERCHES A L'ECHELLE MONDIALE

Les grandes destructions causées par la Seconde Guerre mondiale ont été le moteur de développements à plusieurs niveaux. La création de l'Organisation des Nations Unies⁸ et la préparation de la Déclaration universelle des droits de l'homme étaient justifiées par la nécessité pour l'humanité de ne pas subir à nouveau une catastrophe similaire. La protection du trio, paix, développement et libertés, doit être assurée collectivement, pour la sécurité de l'avenir de l'humanité. En d'autres termes, les organisations telles que les Nations unies, le Conseil de l'Europe, les documents relatifs aux droits de l'homme tels que la Déclaration univer-

⁸ Il est utile de le rappeler: signée le 26 juin 1945, et entrée en vigueur le 24 octobre 1945, la Charte des nations unies (le document constituant) a été examinée constitutionnellement et les débats ont eu lieu pour savoir si la Charte pouvait être considérée une "constitution mondiale". Pour les débats dans ce sens voir Sandra Szuret (?), "La Charte des Nations Unies: Constitution Mondiale ? ", La Charte des Nations Unies (...), 3^e éd., Economica, 2005, pp.28-65.

selle des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme sont les conséquences des effets destructeurs de la Seconde Guerre mondiale. Le résumé de l'objectif commun est que l'humanité ne devrait pas à nouveau subir une guerre aussi dévastatrice.

Malgré les organisations et documents communs mentionnés, les séparations dues à des raisons idéologiques dans les constitutions des États subsistent. Au-delà de la séparation et des priorités concernant la compréhension des droits de l'homme, la réglementation du droit à la paix dans les constitutions est très exceptionnelle.

Si nous revenons à la situation actuelle, les différentes générations et mouvements constitutionnels n'ont pas été confrontés à la catastrophe qu'a provoqué un tel préjudice commun: dans la guerre contre la COVID-19, les États se battent contre un ennemi commun, pas entre eux, contrairement aux guerres mondiales. À tel point que l'humanité, au lieu de la philosophie de l'existentialisme au 20^e siècle, fait face à la cruelle réalité de sa survie au 21^e siècle.

En fait, dans les débats sur l'élaboration des doctrines politiques, "le territoire national "en tant qu'une partie de la Terre s'ajoutera à partir de maintenant au trio, homme-société-Etat; la santé humaine deviendra significative dans un tel contexte. Le cadre de tout cela sera défini par les constitutions post COVID-19.

A l'heure du réexamen de la théorie générale des droits de l'homme, il est également possible que les priorités, les critères et les concepts diffèrent dans le processus de légalisation des libertés. Ainsi, dans la relation entre la médecine et les droits de l'homme, la liberté et les limites de la recherche devraient être façonnées en fonction de la relation de cause à effet, avant et après la COVID-19. En cela, les causes d'apparition et les formes d'émergence de la COVID -19 peuvent être importants. Si elle provient d'un laboratoire, les limitations à la liberté de la recherche peuvent s'imposer. Naturellement, il semblerait que les critères des limitations éthiques et juridiques soient élaborés à la lumière des données de la science médicale.

Tout comme, l'apparition, après la catastrophe nucléaire de Tchernobyl, de conventions prévoyant une obligation d'information immédiate de danger nucléaire, après la COVID-19, l'Organisation mondiale de la santé des Nations unies, en précurseur, devra préparer et mettre en application des conventions semblables. Il y aura même, plusieurs autres

conventions internationales de recherches sur la santé (transparence-information) qui viendront au-devant de l'actualité.

Les vagues de la COVID-19 ou les nouveaux risques de pandémie: des réglementations, mettant en évidence, "l'équilibre écologique "du trio flore+faune+homo sapiens tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle mondiale, seront nécessaires. Dans ce sens là, il est souhaitable, en premier lieu, d'approuver et d'appliquer la Convention sur le Climat.

A l'heure où la santé et l'environnement doivent être examinés et planifiés ensemble, il est possible que la compréhension de la souveraineté soit affectée dans le contexte du droit au développement et à la paix; car les conditions rendront nécessaire de déplacer la part allouée aux dépenses d'armes dans le budget aux dépenses de santé.

Les recherches déjà mentionnées, ainsi que d'autres, aux niveaux national et international, auront un effet profond sur la compréhension de la liberté et des droits, ainsi que sur la compréhension du constitutionnalisme. La Déclaration universelle des droits de l'humanité⁹, dont les premières mesures ont été prises au cours des dernières années, qui pourrait remplacer la Déclaration universelle des droits de l'homme, est susceptible de prendre sa place parmi les sujets d'étude relatifs aux droits de l'homme dans un proche avenir.

Sans aucun doute, ces développements possibles à l'échelle mondiale ne rendent pas inutile de poser la question de "la fin du constitutionnalisme ?"; parce que l'état d'urgence de droit ou de fait, qui a été mis en place pour lutter contre la pandémie de COVID-19, d'une part, impose des restrictions disproportionnées aux droits et libertés, et d'autre part, engendre le risque de glissement vers des tendances autoritaires.

Par conséquent, la question de "la fin du constitutionnalisme ?" nécessite une surveillance continue des effets et des conséquences destructeurs et affaiblissants, du droit et de la constitution, causés par les pratiques de "l'état d'urgence sanitaire" et des tendances autoritaires. Parce qu'il existe un risque que ces effets et conséquences négatifs deviennent permanents après la COVID-19. Par conséquent, la "conscience

⁹ Voir Anayasa Hukuku Dergisi, vol.6, n°12, 2017: voir Catherine Le Bris, "Les implications du projet de la déclaration universelle des droits de l'humanité", p. 513-528; Erkan Duymaz, "Contribution potentielle de la Convention européenne des droits de l'homme à la réalisation de la déclaration universelle des droits de l'humanité", p.579-608.

constitutionnelle” ne devrait jamais être ignorée même pendant la période de la COVID-19¹⁰.

Cet effort actuel n'empêche pas, sans aucun doute, les spécialistes de réfléchir sur le constitutionnalisme transnational ainsi que sur l'avenir du mouvement du constitutionnalisme. *Transnational constitutionalism* ou *trans-constitutionnalisme* est utilisé dans le sens de "recherche transversale des normes et pratiques constitutionnelles dans les différents systèmes juridiques, valables dans différents États, sans qu'il y ait un emprunt obligatoire". Nous pouvons le traduire en turc comme constitutionnalisme transfrontalier (*sınıraşan/sınırötesi anayasacılık*). Dans ce cadre, on étudie l'existence ou l'émergence de points et de principes communs dans différents ordres constitutionnels. Les principes généraux du droit constituent le moteur du constitutionnalisme transnational. Avec cette caractéristique, le constitutionnalisme transnational diffère du droit constitutionnel comparé. Dans ce contexte, il est suggéré que l'approche du constitutionnalisme transnational peut contribuer à l'émergence d'une culture constitutionnelle véritablement universelle. Il s'agit d'une compréhension qui essaie de maximiser le développement humain et la limitation du pouvoir de l'État. Le désaccord sur les droits de l'homme est au cœur du constitutionnalisme transnational.

En conséquence, la théorie générale du droit constitutionnel n'est pas un processus achevé, mais le processus de la constitution positive évolue constamment. Si le développement des structures sociales et politiques et l'évolution continue des relations internationales sont également efficaces, l'accélération constante des travaux intellectuels à travers les institutions constitutionnelles et les interactions jurisprudentielles peuvent être considérées comme les moteurs du développement. D'un autre côté, le droit constitutionnel est sous l'influence constante des avancées technologiques et il doit y adapter ses institutions et ses concepts.

¹⁰ Dans ce numéro des articles traitant les différents aspects légaux de la COVID-19 en Turquie, constituent ainsi le dossier "état d'urgence sanitaire “: Introduction au combat constitutionnel avec les épidémies dangereuses, (Tolga Sirin), Le crime d'agir contre les mesures concernant les maladies infectieuses (Art. 195) (Murat Önok), “Le droit administratif dans la période de COVID-19: Une étude sur les pouvoirs d'application de la loi dans la lutte contre les épidémies “(Çiğdem D. Sever), Cour européenne des droits de l'homme et “Tutunamayanlar” (Gözde Atasayan).

Quant à la relation entre la période post-COVID-19 et le constitutionnalisme transnational; la COVID-19 peut être la force motrice du constitutionnalisme transnational, mais au contraire, les travaux du constitutionnalisme transnational pourront contribuer à la création de solutions sur le plan constitutionnel aux problèmes existants avant la COVID-19.

Tous ces efforts, sans doute, en particulier le renforcement des Nations Unies et de l'Organisation mondiale de la santé, ne doivent bien entendu pas ignorer la nécessité de repenser et de travailler sur le constitutionnalisme mondial sur la base de la Charte des Nations Unies.

Il convient de terminer l'introduction en revenant à la part nationale du constitutionnalisme: en rappelant le devoir et la responsabilité historiques des jeunes en ce qui concerne la réparation de la volonté du fondateur, qui a été endommagée par l'amendement constitutionnel de 2017. Joyeux 19 mai, de commémoration d'Atatürk, Journée de la jeunesse et des sports !

Bonne lecture.

İbrahim Ö. Kaboğlu

19 mai 2020